Merrand S

19



POR PEDRO DE ALARCON QVEVEDO,

vezino de la villa de Buenache.

EN EL PLEYTO

CON

Pedro del Castilló, como marido y conjũta persona de Maria de Chicana, vezinos della.

En Granada, enla Imprenta Real. Año de 1639.

PAra entendimiéto deste pleito se supone, que Iuan Gomez vezino de la dicha villa, en quinze de Iulio del año passado de 1561. otorgó su testamento, y por el instituyó vn patronazgo, *en vnas casas, vn huerto, y el sitio del colmenar de la sierra, y en vna serrada camino de Valera. Y otra huerta que dixo tenia en la dicha villa, linde dos calles publicas.* Prohibio la enagenacion, grabó los dichos bienes con vna fiesta en cada vn año al señor san Iuan Bautista perpetuamente. Y luego dize. *El qual dicho patronazgo para que valga, digo que mando por via de tercio y quinto.*

2 ¶ Llamó en primero lugar *a Iuan Ximenez su hijo, que dixo le auia seruido mas d[illegible] años sin casar, en los quales le era a cargo y sus here[illegible]en mas cãtid[illegible]d de lo que el dicho patronazgo dexa. Y manda a sus herederos que passen por el, y que si por alguna causa no valiere, y le pusieren defeto, que por el mismo caso le mexora en todos sus bienes en el tercio y quinto dellos, y los señala en los bienes del dicho patronato.*

3 ¶ Declara, *que casó a Pedro Ximenez su hijo y que le tenia dado en casamiento, segun se contiene en su libro, y lo mismo dize con Maria Gutierrez, y Catalina Ximenez, Ana Ximenez sus hijas.*

4 ¶ Y tambien mandó, *que le diessen a Polonia su nieta, lo que mereciesse por su trabajo desde diez años rriba.*

5 ¶ *Y que todos sus herederos sean iguales. Y que Iuan Ximenez tome y se iguale con ellos antes que se parta su hazienda.*

6 ¶ Y luego en la clausula vltima instituye por su heredero *al dicho Iuan Ximenez, y a sus nietos, hijos de sus hijos è hijas.*

7 ¶ Lo segundo se supone, que no consta

si es

ſi el dicho teſtador murio con eſte teſtamento, ni quando.

8 ¶ Lo tercero, que por Nouiembre de el año ſiguiente de 588. Iuan Ximenez Chicano (al parecer el primero llamado al dicho patronato) recibio de Iuan Ximenez ſu hijo clerigo, vna huerta que tenia en la dicha villa, con ciertos linderos (que ſe pretende es la vltima partida y pieça, mencionada en la mexora) por cinco hazas ceuadales en trueco y permuta, de que otorgaron eſcritura en forma.

9 ¶ Lo quarto, que Iuan Ximenez Chicano el viejo, el miſmo dia que ſuena otorgada la eſcritura antecedente, vendio a Franciſco Gonçalez la dicha huerta, por precio de 82ʉ500. marauedis, por eſcritura que entre los dos otorgaron libre de cenſo, y de otro ſeñorio y hipoteca.

10 ¶ Lo quinto, que en primero de Enero de 1600. el dicho Franciſco Gonçalez vendio la dicha huerta a Iuá Yuañez de Campos, en precio de docientos ducados, libre de cenſo, y hipoteca.

11 ¶ Lo ſexto, que doña Violante Morani Buitron, viuda del dicho Iuan Yuañez de Cápos, en ſeis de Febrero de 612. otorgò eſcritura de venta en fauor de pedro de Alarcon, que es el reo deſte pleito, de la dicha huerta, y otros bienes, con cargo de ciertos cenſos, de que auia de hazer reconocimiento en forma.

12 ¶ Lo ſetimo, que el dicho Iuan Ximenez clerigo, hijo del primer llamado, otorgo ſu teſtamento en 21. dias de Mayo del año de 1600.

13 ¶ Lo otauo, que por muerte del dicho Iuan Ximenez, fue ſuceſſor de los bienes del patronato Ana Ximenez Chicano, madre de la dicha Maria Ximenez Chicano, actora deſte pleito.

14 ¶ Lo nono, que en 17. de Otubre de 634. la dicha Maria Chicano puſo demanda al dicho Pedro del Caſtillo, como poſſeedor de la dicha huerta, pretendiendo eſtar compreheudida en el vinculo y patronato, que inſtituyó, por el

teſta-

testamento referido el dicho Iuan Ximenez su visabuelo, y que no pudo consistir la enagenació. Y concluyó se la restituyessen con los frutos.

15 ¶ Pedro de Alarcon se defiende cō las excepciones que se reduzirán a los quatro articulos en que fundaremos su justicia, en cuya virtud deue ser absuelto y dado por libre, y reuocar la sentencia del inferior que contrasi tiene.

16 ¶ En el primero articulo se fundará, q̃ no tiene prouado la dicha Maria Chicano el dominio de la dicha huerta, como se requiere por derecho, para obtener contra tercero, por bienes de vinculo y patronazgo.

17 ¶ En el segundo, que quando residiera el dominio en el fundador, y primero sucessor no pudo consistir el vinculo, y prohibicion de enagenacion y grauamen en la dicha huerta, miẽtras no prouare la parte de la dicha Maria Chicana que cupo con los demas bienes del patronato en el tercio y remaniente del quinto de ellos del fundador. Y que a la susodicha le incumbe la carga de la dicha prueua, y no al dicho Pedro de Alarcon, que es reo, y possẽedor, y que puede oponer deste derecho.

18 ¶ En el tercero, que de qualquiera forma que se considere el transcurso de tanto tiempo como ha passado, à causado legitima prescripcion, y que este es titulo bastante para obtener.

19 ¶ En el quarto, que quando los antecedentes no fueran bastantes, y el dicho Pedro de Alarcon vuiesse de ser condenado en la restitució de la dicha huerta, primero, y ante todas cosas, se le auian de mandar boluer las hazas de la permuta, y satisfazer los mexoramientos hechos en la dicha huerta.

I. ARTICVLO.

20 ¶ La dicha Maria Chicano ha intenta-

do vna demanda de reiuindicacion, en nombre y en vtilidad perpetua deste vinculo y patronato como instrumento de la persona intelectual del, vt considerat Bald. *dict. l.* 139 *volum.* 3. *sub num.* 5. Marin. Frecc. *de sub. feud. lib.* 1. *post quæst.* 59. *in adit. ad quæst.* 17. *pag.* 281. Aluar. Valasc. *consultat.* 194. *num.* 27. *& sequentib.* Andr. Georg. *in repetit. feud. cap.* 31. *num.* 23. ibi; *Feudum agit ad reintegrandam rem de suo corpore.* Y assi tiene obligació de prouar el dominio, no solo en lo ficto, y intelectual del patronato, sino que residia en la persona del dicho fundador al tiempo de la institució, vt notat DD. *in l. cum res, C. de probat.* vbi Bart. *nu.* 5. *&* 11. Afflict. *decis.* 23. *num.* 4. Mascard. *de probat. conclus.* 536. *num.* 2. *&* 3. *&* 537 *num.* 4. & ex multis Petr. GilKen. *in dict. l. cum res, num.* 3.

21 ¶ Este dominio no lo ha prouado la actora con la presentacion deldicho testamento dõde se menciona la dicha huerta por q̃ necessita de verificar lo vno q̃ tunc temporis era suya propia, vt probant Bald. *consi.* 4. *in causa Basilij, vol.* 4. Bertaz. 96. *n.* 25. Crabet. 319. *dub.* 3. Rolan. 26. *n* 19. *&* 46. *nu.* 10. *volum.* 3. Nata, 400. *per tot.* Menoc. 207. *num.* 31. *&* 704. *num.* 2. *&* 732. *num.* 28. Riminald. iun. 23. *num.* 43. Peregrin. *de fideicomm. art.* 44 *n.* 6. Petra *de fideicom. quæst* 12. *n.* 22. Simon de Præt. *de interpr. vltim. lib.* 5. *interpr.* 2. *dubit.* 4. *à n.* 299. *fol. mihi* 532. *pag.* 2. Faquin. *lib.* 5. *controu. c.* 29. *in fi.* Ioseph. Ludou. *conclus.* 14. *illat.* 32. *& decis. Lucens.* 64. *mihi* 32. Magon. *decis. Florenti.* 10. *& decis.* 37. *num.* 2.

22 ¶ Mascard. *conclus.* 777. *num.* 1. ibi: *Fideicommissarius quando agit fideicommissum tenet probare bona petita fuisse in bonis testatoris.* Pet. Sur. *consil.* 73. *num.* 21. ibi; *Agentes autem non probarunt bona ad quorum possessionem adspirant fuisse in bonis Iacob. senioris, qui ea fideicommisit, & infra sed, quod magis est non fuit probata possessio fideicommistiatis.* Et concludit, *Et ita neque paobarunt actores dominium, neque possessionem, nullo itaque modo possunt obtinere.* Et cũ multis,

Fu-

Fusar. *de subst. q.* 616. *nu.* 1. ibi: *Inter alias probationes quas facere tenetur, qui agit ad fideicommissum tenetur etiam probare bona fuisse in bonis testatoris, qui fideicommissum reliquit, vt vno ore scribunt omnes.* Mier. *de maiorat.* 4. *q.* 20. *n* 2. ibi: *Sed in maioratu seruanda est l.* 41 *Tauri, & quod agẽs ad bona maioratus teneatur probare bona fuisse, & remansisse tempore mortis fideicommittentis.*

23 ¶ Y lo otro, que auia quedado, y quedó dicha huerta entre los demas bienes del dicho testador por propios suyos por su fin y muerte, ad hoc, vt primus vocatus ad fideicomissũ, cõ la aprehẽsiõ dela possession dellos adquiriesse el dominio nomine patronatus, vt docent Bald. *consil.* 84. *res prohibitæ, & consi.* 89. D. Thom. *vol.* 1. Natad. *consil.* 400. *ad fin.* Crauet. 61. *nu.* 6 Cephal. 386. *num.* 35. Bursat. 38. *num.* 2. Rimin iun. 23. *num.* 44. *lib.* 1. Peregr. *dict. artic.* 48. *num.* 6. ibi: *Neque etiam sufficeret exhibere instrumentum acquisitionis illius testatoris ad conueniendum tertium professorem, nisi probetur de possessione defuncti tempore mortis suæ, & suorũ hæredum.* optime Cardin. Mantic. *de coniectur. libr.* 7. *titul.* 6. *num.* 5. ibi: *Et si de bonis subiectis fideicommisso oritur controuersia fideicommissarius debet probare quæ dicit fuisse in hæreditate, quia hoc est fundamentum suæ intentionis.* Et infra. *Et quidem fideicommissarius debet probare bona fuisse relicta à testatore, & peruenisse ad manus hæredis grauati.*

24 ¶ Y ni vno ni otro requisito tiene prouado la actora, videlicet, que al tiempo del otorgamiento del testamento esta huerta era de el dicho Iuan Ximenez su visabuelo, ni menos que quedasse por sus bienes al de su muerte: porque ni aun consta quando murio el susodicho, ni que se hiziesse inuentario ni particion de su hazienda ni por otro medio alguno se ha descubierto.

25 ¶ Antes se reconoce, que esta huerta era del dicho Iuan Ximenez clerigo, y la dio a su padre en permuta da cinco hazas cebadales, sup. num. 8. y pudieron venir a su poder por diferẽtes titulos, quia præsumitur quilibet ditari, *l. si defunctus,*

stus, l. arbitrium de tutell. Barbac. *consil.* 3. *colu.* 7. *versic. Et si dicatur, volu.* 3. Surd. *consil.* 505. Y aũ quãdo al tiempo del testamento fuera del fundador, como la disposicion era reuocable, pudo alterarla en quanto à esta possession, ó enagenarle por causa necessaria, ò voluntaria, y venir a poder de su nieto. Y basta la possibilidad para que en fauor del reo se juzgue, y tẽga por no prouado plenamente el dominio en el actor, vt in terminis cõsiderat Petr. Surd. *consil.* 505. *per totum, præcipue in fin.* ibi: *Addo, quod tanto magis in certa, & coniectura. quia potuerunt hæc bona peruenisse a Iacob patre Antoni, senioris, qui vt ipsi fideicommissi iure vocaberat filios Antonij vt dictum est supra. Demum potuerunt eadem bona fuisse acquisita per filios Antonij, atque inde ad eorum successores peruenisse; adeo autem id est in certum, vt nullum fieri possit fundamentũ.* Et ita, no era necessario proceder a los demas articulos, ad obtinendum, supuesto que ha faltado en el principal de la *l. officium, l qui petitorio, l. in rem, ff. de reiuindic.* cum similibus.

II. ARTICVLO.

26 ¶ Quando, sin perjuizio de la verdad, se confessara, que la dicha huerta fue de el fundador, y quedò por su muerte, adhuc no es bastante prueua de la intencion de la actora para vẽcer; siquidem, este vinculo no pudo consistir en manera alguna en todos sus bienes por ser legitimas de sus hijos, que no reciben grauamen, assi de cãtidad, como de calidad, ni otro, *l. quoniam in prioribus, C. de inoffic. testam. l.* 17. *titul.* 1. *part.* 6. *l.* 9. & 12. *titul.* 4. *eadem partit.* late Dom. Castillo. *lib.* 5. *cap.* 64. & *cap.* 107. *á num.* 36. Dom. Præs. D. Ioã. Baptist. Valenç. Velazq. *consil.* 182. *à num.* 1. *lib.* 2. sino tan solamente en el tercio y remaniente de quinto por via de mejora, ex *l.* 18. & *l.* 27. *Tauri,* vbi communiter Regnicolæ Dom. Molin. *lib.* 2.

cap. 11.

cap. 11. *num.* 5. vbi adentes. Y assi reconociendo la certeza desto el dicho Iuan Ximenez dixo: *El qual dicho patronazgo para que valga, mando por via de tercio y quinto*, supra num. 1.

27 ¶ Esto supuesto, nihil ad rem, que el padre assignasse por via de mexora, los bienes contenidos en el testamento, si no cupiessen en el tercio y remaniente de quinto de los que el tenia, y posseia, etiam, que afirmasse que no excediã del vt ex *l. cum quis decedens*, §. *Titia*, *ff. de legat.* 3. *l. qui testamentum*, *ff. de probationib.* Bart. *per text. ibi in l. si forte*, *num.* 5. *ff. de castrens. pecul.* Deci. *consil.* 20. *nu.* 3. Ias. Alexand. & alij *in l. si donatione*, *C. de collatio.* *l.* 3. *titul.* 14. *part.* 3. & in terminis Pelaez de Mier. *de maiorat.* 1. *part. quæst.* 52. *num.* 51. ibi: *Neque sufficeret confessio parentis confitentis in donatione, aut meloratione si forsam affirmauerit, quod res donatæ non excedunt tertium & quintum, & ligitimam, quia cum per leges Regales hæc actas prohibitus sit vltra tertium, quintum, & legitimam nihil iuuat confessio parentum.*

28 ¶ Y mas quando es tan facil y ordinario el errarse los hombres en la cantidad de sus haziẽdas, ò por carta de mas, vt deducitur ex §. *in fraudem*, *versic. Sed enim de facultatibus suis amplius quam in his est sperant homines*, *institut. quib. ex caus. manum. non lic.* *l. in fraudem* 10. *qui & à quib.* Balduin. *in d.* §. *in fraudem*, *num.* 10. & 11. ibi; *Et alioqui sane ea est hominum philaucia, vt cuique sua facile, quam maxima videantur, & plus sæpes sit in oppinione, quã calculo.* Como por carta de menos, *authent. de hæredib. & falcid.* §. *hinc nobis*, *versic. Si vero non fecerit.* Presertim & frequentius en los testamentos, respeto de hazerse vt plurimum in ipso mortis agone, vt notat Bart. *in authent. sed cum testator*, *num.* 5. *C. ad leg. falc.* Ioann. de Plat. *in dict.* §. *in fraudem*, *num.* 7. ibi; *Et sic nota quod in actibus morientuim quis præsumitur ignorare vires sui patrimonij, &c.*

29 ¶ Con q̃ venimos, a incidir en la question cui incumbat onus probandi; vtrum, cupo, ò no la dicha huerta en el tercio y remaniente del

quinto. Y para que aya de correr por cuenta de la dicha Maria Chicano, faciunt sequentia iuris principia.

30 ¶ Tûm, por ser actora, ex vulgari regula, *l. actor quod assenerat, C. de probationib. l. ei qui, l. verius, de prob. l. qui accusare, C. de edend.* cum vulgatis.

31 ¶ Tum, por ser el fundamento principal de la susodicha el verificar que cupo en la mexora, pues de otra forma no tiene entrada su pretension, & cum sit qualitas intentionis illius debet concludenter illã docere, siue actor, siue reus sit, *gloss. in l. si vero, §. qui pro rei qualitate, ff. qui satisdar. cog. elegans gloss. in l. cum de lege, ff. de probatio. verbo, hæredis probatio,* Dom. Couarruu. *lib. 2. var. cap. 6. num. 2.* Baeça, *de non meliorand. cap. 36. num. 16.* Gutierr. *de iuram. confirmat. 1. part. cap. 1. num. 22. & lib. 3. pract. q. 40. num. 3. in med:*

32 ¶ Tùm, por ser el dicho Pedro Alarcõ Queuedo reo y posseedor de la dicha huerta, bastale el negar la pretension cõtraria, sin otra prueua, siquidem eius est melior conditio, *§. commodũ institut. de interdict. l. 28. titul. 2. part. 3. l. 1. tit. 14. part. 6.* Bartol. *in l. inter, in fin. ff. de reb. dub.* Alex. *in l. ex facto, §. si quis autem, ad* Trebell. Couar. *lib. 2. var. c. 7. n. 5.* Mascard. *conclus. 205. n. 22.* Ful. Pacian. *de probationib. lib. 1. cap. 46. num. 25.* Mieres, *in terminis, dict. quæst. 52. num. 13. cum seqq.*

33 ¶ Túm etiam, porque la verdadera, y recibida sentencia es, la que tienen la corriente de los Dotores, que distinguen inter possessorem reum, & actorem non possidentem. Etiam, que aya prohibicion de ley en quanto a asignacion de cantidad ó permission de enagenacion en cierta quota, como en la promesa de arras, que si la muger pretende que las prometidas cabian en la decima parte de los bienes de su marido, deue probarlo, nisi sit in possessione illorum, tunc etenim transfert onus probandi in mariti hæredes, notãt in terminis Roderic. Suar. *titul. de las arras, nu. 22.*

versic.

versic. Cogitauam videndus, Dom. Couarr. 2. *variar. cap. 6. num. 7.* Anton. Gom. *in l. 53. Taur. num. 13.* Mieres, *de maiorat. 1. part. quæst. 52. num. 37.* Zeuall. *commun. contra comm. quæst. 849. num. 11.*

34 ¶ Et in quinto Angulo, *in l. 13. gloss. 2. titul. 5. lib. 5. à num. 20.* Y en terminos de mexora de tercio y quinto, que es nuestro caso, si vuo tradicion de los bienes, y los està posseyendo el mexorado, y los demas hermanos interessados, pretenden que exceden della, que tengan obligaciõ de prouar el excesso, y no el reo posseedor, & versa vice, *ex dict. l. ei qui, de probationib. dict. l. 2. tit. 14. part. 3.* & alijs iuribus notat eleganter Mieres, *1. part. dict. quæst. 51. à num. 32. cum seqq. qui num. 46.* inquit in hæc verba, *Ex quorum dictis ad nostrũ propositũ infertur veritas prædictæ conclusionis, quod fratres meliorati tenẽtur probare, quod res quas possidisse frater melioratus excedunt tertium quintum, & legitimam meliorati, & quod si talis filius melioratus non possidet bona meliorationis tenetur probare, quod ille res in quibus fuit facta melioratio non excedunt tertium quintum, & legitimam, quia est fundamentum propriæ intentionis, vt patet ex prædictis* Zeuall. *dict. quæst. 849. num. 12. & 13.* idem affirmans.

35 ¶ De que resulta, que no auiendo prouado la dicha Maria de Chicano (teniendo obligacion a hazerlo como actora, y esta parte reo, y posseedor) de que la dicha huerta cupiesse en la mexora, aũque hizo articulo de que el fundador tenia muchos bienes, ni por inuentario ni particion dellos, ni prouança de testigos, que conforme la antiguedad del tiempo es impossible alcançar al año de 561. en que suena otorgado el dicho testamento, es sin controuersia el auer de ser absuelto el dicho posseedor, ex *d. l. actor, C. de probationib. & l. fin. eod. tit. & vulg. iurib.*

36 ¶ Tùm deniq;, porque ay muchas presunciones graues y fuertes, que se descubren de los autos, para venir en conocimiento de que dè ninguna forma cupo en el tercio y remaniẽte del quinto,

quinto la dicha huerta, y que se deuio de vender o para pagar deudas del testador, ò satisfazer alguna legitima a sus hijos, ò nietos.

37 ¶ La primera, en conformidad de lo q̃ dispuso, *de que se igualassen todos*, supra num. 5. y en particular el dicho Iuan Ximenez a quien confessó deuer por su seruicio de mas de doze años, mas cantidad de lo que importaua este patronazgo, supra num. 2. que la pudo recibir para en cuenta de la suya paterna, ò materna, a quien no auia dado nada.

38 ¶ La segunda, porque esto està interpretado con la enagenacion que el mismo primer llamado hizo auiendo interuenido en la antecedente, su hijo clerigo inmediato sucessor, diziendo, que la vende por libre de censo, hipoteca, ni otro grauamen, supra num. 9. vt in casu considerat Petr. Surd. *consil.* 224. *num.* 7. ibi: *Vbi ambigua esset testatoris voluntas, ea satisfuit ad fauorem Antonij declarata, ex his quæ postea hæres gesset cum legatario, quando quidem cum hæres foret diuisiones cum sororibus bona communia tradit legatario medietatem prædij de quo agitur, & in ipsa traditione dixit illum esse prædium relictum, a Domino Andræa eius patruo, ea igitur traditio partis facta in executionē præcedentis legati declarat, quid in legato includeretur posterior enim qualitas possessionis declarat quid à principio fuerit intentionis.*

39 ¶ Y no es verisimil, que si vuiera cabido en la dicha mexora, auian de permitir la enagenacion en su perjuizio el dicho Iuan Ximenez, clerigo, inmediato, y la madre de la parte contraria que le sucedia forçosamente, ò alguno de los demas coherederos, tan en su perjuizio, vt considerat etiam ipsemet Surd. *dict. consil.* 224. in prosecutione, ibi: *Non enim est verissimile, quod legatarius cui totum prædium debebatur foret illius partem tantummodo acceptaturus, sed cum esset informatus de continentia testamenti cui interuenerat censetur acceptando partem declarasse, qualis foret mens testatoris.*

40 ¶ Lo tercero, y bien sustancial, se deue

ne, videlicet, de auer tenido siempre por libre, y no sujeta a vinculo la dicha huerta, supuesto que han interuenido tantas enagenaciones, constitui do censos sobre ella, hipotecadola a la paga de sus corridos, & quod magis est, que estando puestos todos los demas bienes en la tabla de la Iglesia, para cobrar la memoria de las Missas comprehen didas en la mexora, no lo esta esta dicha possessió que por ser en orden la vltima en la asignacion, se presume que excedio al tercio y quinto. Y assi lo declara la obseruancia subsequuta, a que se ha de estar, & est maxime momenti, *l. si de interpretatione, ff. de legib. & ex cap. cum dilectus, extra de consuetud.* notant DD. communiter ibidem latè Ioseph. Ludouis *inter communes opiniones, tom. 3. titul. de cõsuetud. conclus. vni a, per totam.* Petr. Surd. *consi.* 140. *num.* 43. *& sequentib. & consil.* 241. *num.* 33. *lib.* 2. Dom. Præs. Valenç. Velazq. *consil.* 79. *num.* 204. Dom. Molin. *lib. 2. cap. 5. num. 39. versic: Nona cõiectura, & lib. 2. cap. 6. num. 57.*

41 ¶ Et in terminis Menoch. *consil.* 845. *n.* 23. *& seqq. lib.* 9. ibi; *Nono admisso citra veri præiudicium, quod hæc res esset dubia, attamen omnem dubitationem substulit subsequuta obseruantia, quæ hæc bona semper pro feudalibus habita sunt.* Et post modum *num.* 25 hoc sine dubio procedere inter scientes obseruantiam affirmat.

42 ¶ Ex quibus infertur, ser cosa adequada al verdadero hecho, & omnino persuade, de q̃ la dicha huerta quedò fuera de la mexora, por no auer cabido en ella, & per consequens, no pertenecer al dicho vinculo.

43 ¶ Neque enim vlius erit fundamenti, el oponer que este es derecho de tercero que no puede alegarse por otro, *ad l. loci corpus, §. competit in fin. ff. si seruit. vendicet.* & ex traditis à Thesaur. *decis. 4. unm.* 1.

44 ¶ Porque se responde, que quando el derecho es exclusiuo de la intencion contraria, como no tiene el dominio de la cosa que se preté

de reiuindicar, y esta reside en otro, se puede alegar el de tercero, principalmente quando es reo, y se halla posseyendo, *l. si cui, C. de non numerat. pecun. l. fin. C. de reiuindicat. l. cum seruo 6. C. de seru. fugit.* vbi Cin. *num.* 4. Bart. *in l. 2. ff. de except. rei iud. num.* 1. Bald. *consil.* 150. *ad finem, lib.* 1. Surd. *consi.* 415. *num.* 18. Gracian. *cap.* 261. *num.* 3. *& c.* 700. *num.* 66. Menoch. *consi.* 1. *num.* 321. Bursat. 428. *num.* 5. *lib.* 4. Thesaur. *dict. decis.* 4. *num.* 6. Pereg. *de fideicommis. artic.* 48. *num.* 70. Mandell. Albens. *consil.* 64. *num.* 3. Alexand. Ludouis. *decis.* 415. *n.* 4. ibi: *Et quia reo, & possessori licitum est se & suã possessionem tueri allegando ius tertij:* vbi Oliuer. *num.* 3. ibi: *Fallit secunda regula in possessore, qui ad obtinendã absolutoriã, & ad tuendã suam possessionẽ potest dare de iure tertij.* Barbos. *in d. l. si alienam, n.* 64. *versic. Quarto principaliter.* ibi: *Nã quãuis actor nõ posit fundare suã actionem in defectũ iuris conuenti, tamen reo id licet facere ad te defendendum, quia sunt fauorabilioribus actoribus, si ne clarius potest opponere actorem sine actione agere, & proinde non esse audiendum in iudicio. ff. solut. matrim.*

III. ARTICVLO.

45 ¶ Tambien fauorece la defensa de Pedro de Alarcon la possession de mas de quarenta años, con titulo, siquidem, la primera venta fue el año de 588. y la demanda por fin de 634. quæ præscriptio cum titulo æquiualet immemoriali, *cap. cum personæ, §. quod si tales, de priuileg. lib.* 6. vbi communiter scribentes, *cap.* 1. *iuncta gloss. verbo, legitime, de præscript. lib.* 6. *l. fin. C. de fund. patrimon. lib.* 10. *l.* 1. *titul.* 10. *lib.* 5. *recopil.* Dom. Couarru. *in regul. possessor.* 2 *part.* §. 4. *num.* 5. *de regul. iur. in* 6. *& lib.* 1. *Variar. cap.* 17. *num.* 7. *&* 8. Auendañ. *de exequend. cap.* 4. *num.* 20. Burg. de Paz, *consi.* 20. *num.* 36. Matienç. *in l.* 1. *gloss.* 29. *num.* 4. *&* 5. *lib.* 5. *recopilat.* Mascard. *conclus.* 214. *num.* 6. Do. Molin. *de primog. lib.* 2. *c.* 6. *n.* 52. vbi Additionatores.

Y aun-

46 ¶ Y aunque es assi, que para prescribir bienes de mayorazgo contra los sucessores es necessaria inmemorial possession, vt notant Dom. Molin. *lib. 4. cap. 10. per tot.* Mieres *de maiorat. 4. part. quæst. 21. num. 38.* Pereir. *decis. 52. num. 13.* Dom. Ioann. del Castill. *tom. 5. controuers. cap. 93. §. 8. ex num. 10. præsertim, num. 13.* Esto se entien de quando no ay genero de duda en que los bienes de que se trata son de mayorazgo, y passa sin controuersia ni disputa alguna. At vero si lis vertitur, y el punto principal es si lo son nec ne, ora por no estar comprehendidos en la fundacion, ora porque esta en sus palabras esté dudosa, ó por otro medio, como en nuestro caso, en que afirmamos, que no cupo en el tercio la dicha huerta, y es cierto en que ay duda si cupo ô no (& nullatenus constat hucusque) tunc la forma que se ha tenido en posseer los tales bienes, y la obseruancia de si se ha vsado dellos como libres, ó vinculados, es bastante para auer declarado la dicha duda, y que se juzguen por la dicha interpretacion, aunque no fuera si de solos diez años, veluti in terminis *ex cap. cum dilectus de consuetudin.* vbi Abb. Butri, & alij, & ex Innocenc. Castrens. Aretin. Socin. Bald. Dec. & Alciat. *& ex l. 4. titul. 33. par. 7.* Dom. Molin. *de primogen. lib. 2. cap. 6. num. 57.* *qui concludit num.* 58. ibi: *Quod etiam in præscriptione primogenij dicendum erit, vt quamuis in vim præscriptionis immemorialis præscriptio, sed quadraginta annorum, cum titulo necessaria foret, in vim tamen interpretationis decem annorum lapsus sufficiens sit.*

47 ¶ Et videndi sunt Additionatores ad Dom. Molin. *dict. lib. 2. cap. 6. à num. 57. vsque ad* 60. vbi quam plurimos refert DD. Et licet ipsi ad dentes teneant, que para esta interpretacion, y obseruancia sean necessarios quarenta años, con titulo, y que entonces non in vim interpretationis, sed in vim præscriptionis est tempus sufficiens, vt eleganter in hæc verba: *Superior deinde auctoris elementalis conclusio intelligi oportet, quando contendi-*

contenditur de existentia maioratus, & in dubium venit an bona de quibus quæstio est sint libera, an vero sint maioratus, & vinculo restitutionis obnoxia, in qua specie præscriptio quadragenaria cum titulo sufficiẽs erit in vim præscriptionis, non in vim interpretationis, ex auctor infra n. 59. Secus vero vbi de prescriptione bonorum maioratus, vere, & realiter existentis, & nullo modo cõtrouersi tractatur, quo casu militant adducta per auctor. infra lib. 4. c. 10. per tot.

48 ¶ Este fundamento es tan ajustado en fauor del dicho Pedro de Alarcõ Quebedo, quod assistit omnino por espacio de mas de los dichos quarenta años, con titulo, y por si solo era concluyentissimo para obtener.

49 ¶ Pero assistiendole tambien la presuncion de derecho, de que todos los bienes se presumen libres, & alodialia, & non maioratui subiecta, *cap.* 1. §. *inter filiam*, vbi Bald. *num.* 2. *si de feud. fuerit controuers. in vsib. feud.* Anton. Gabr. *lib.* 3. *commun. tit. de feud. concl.* 3. & ex multis Dom. Molin. *lib.* 1. *cap.* 11. *num.* 11. Y el priuilegio de ser reo, y posseedor es preciso, quod in dubio deua obtener *l. fauorabiliores, l. in pari, ff. de regul. iur. l. Arrianus in fin. de oblig. & ad leg.* 2. *ff. vti possid.* ibi: *Qualiscumque est in possessor hoc ipso, quod possessor est plus iuris habet quam illæ, qui non possidet, l.* 40. *ad fin. titul.* 16. *p.* 3. plura cumulat Dom. Cast. *lib.* 4. *cap.* 23. *nu.* 27. *&* 28.

50 ¶ Y esto procede, ora la duda consista en hecho, ora en derecho, vt notat Euerard. *in locis legal. loco* 92. *a rubrica num.* 7. pater Gabr. Vazqz ad 1. 2. Diui Thom. *disput.* 66. *cap.* 7. *num.* 42. ibi: *Adde, quod nullus iudex in foro exteriori propter vrgentiores rationes non valentes assensum generare possessorem, quam possidet spoliaret, si certum iudicium, & sententiam ferre vellet.*

51 ¶ Y no podra afirmarse de contrario, de que su demanda procede sin controuersia, y es clara, antes de que sea muy dudosa, y tenga muchos puntos y dificultades que vencer, plusquam manifes-

nifestum est, & ita procedit prædicta regula possessoris, & rei.

IV. ARTICVLO.

52 ¶ Pero quando el dicho Pedro de Alarcon, tot ac tantis validissimis iuris regulis, fuesse tan desgraciado, que adhuc se tuuiesse por cõprehendida en la mejora la dicha huerta, & per consequens por vinculada, quod abest, y la vuiesse de restituir, ha de ser con que primero, y ante todas cosas buelua la otra parte las hazas q̃ dio el dicho Licenciado Iuan Ximenez en permuta, por estar posseyendo algunas la susodicha, como consta de la prouança hecha ante el inferior, en la 13. pregunta del interrogatorio, y en la hecha en esta instancia en la tercera, de que no puede escusarse.

53 ¶ Y tambien deue satisfazer los mexoramientos que tiene prouados auer hecho en la dicha huerta en la 17. pregunta ante el inferior, y en la 4. en la instancia de vista, porque ha incorporado muchos pedaços de tierra, que declaran los testigos, y hizo vna cerca de piedra, lo qual mira a perpetua vtilidad, y aumento de la dicha huerta, sin embargo de lo dispuesto en la ley 46. de toro, que habla en cosas señaladas, y con los posseedores de bienes de mayorazgo, y no se entiende ni habla con terceros posseedores, con buena fee, y titulo, como lo es esta parte, *l. dominus horreorum, §. in conducto, ff. locati*, vbi DD. *l. 40. cum tribus sequentibus, titul. 28. part. 3. & l. 40. titul. 24. part. 5. l. 15. titul. 1. & l. 24. titul. 8. eadem partit.* optime, & in casu Burg. de Paz iunior, *quæstio. ciuili 7. num. 33.* Gutierr. *lib. 3. practicar. quæst. 68. num. 3.* ex multis Domin. Ioann. del Castill. *lib. 5. cap. 65. num. 8.*

54 ¶ Tambien fue agrauio auer condenado en restitucion de los frutos desde la contesta-

cion à razon de a veinte ducados en cada vn año, no valiendo sino cien reales, ò diez ducados quã do mas: siendo assi, que han de corresponder los frutos à lo que valia tunc temporis la dicha huer ta, y no con las mejoras; & ita speramus determinacion fauorable, reuocando la sentencia del inferior, y absoluiendo al dicho Pedro de Alarcon de la demanda contraria. Salua, &c.

L. Herrera

Pareja.